

MEDIDAS PROVISÓRIAS: A SOLUÇÃO ESTÁ PRÓXIMA? (*)

Edson Freitas de Oliveira

Advogado de empresas, Professor da Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP (ITE)

Mestrando em Direito, 1ª turma na Faculdade de Direito de Bauru - ITE

1 - INTRODUÇÃO E ASPECTOS GERAIS

Passados quase onze anos da promulgação da Carta de 1988, não resta qualquer dúvida no sentido de que o modelo de medida provisória adotado pelo constituinte brasileiro foi um grande equívoco. Não se questiona a necessidade de o Poder Executivo ter à sua disposição instrumento legislativo extraordinário eficaz para fazer frente a verdadeiras situações de urgência. De fato, não há como ignorar que o Presidente da República, em certos casos, vê-se na real necessidade de solucionar problemas emergenciais, que não podem aguardar o quase sempre moroso processo legislativo ou até mesmo a omissão legislativa. Trata-se de conferir ao Poder Executivo função atípica legiferante em casos excepcionais para, através de mecanismo célere, satisfazer a expectativa da sociedade. Hodiernamente, há que se levar em consideração que o Executivo, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, assume cada vez mais a função de prestação de serviços, de redistribuição de riquezas¹. Dentre as esferas de poder, o Executivo é realmente quem assume a maior parcela de tarefas para a satisfação das funções sociais do Estado. Além disso, em tempos de globalização econômica, ao Poder Executivo compete tomar medidas urgentes e imediatas, sob pena de, em caso de omissão ou retardamento, provocar gran-

*Sob orientação do Professor Doutor Luiz Alberto David Araujo.

¹Sobre o assunto: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*, 1ª ed., São Paulo: Ed. RT, 1993, pp. 33-42.

des prejuízos ao país. Como se vê, não pode o Presidente da República prescindir de instrumento legislativo excepcional eficaz para a resolução de problemas urgentes e imediatos.

Instrumentos legislativos dessa ordem sempre foram adotados pelos governos, ora como fruto do poder revolucionário ou absolutista, ora como resultado da participação democrática². Na Alemanha, previu-se o decreto-lei já na Constituição da Prússia (1850) - primeira notícia que se tem de adoção de instituto semelhante - e nas demais constituições alemãs da época, chegando-se, após a passagem pela Constituição de Weimar (1919), ao atual *estado de necessidade legislativa*, previsto na Lei Fundamental de Bonn (1949), figura que, naquele ordenamento jurídico, mais se aproxima da medida provisória entre nós existente.

Na França, depois de a Constituição de 1793, a primeira após a famosa revolução, veda qualquer tipo de delegação de poderes, a Carta de 1799 já previu a possibilidade de suspensão provisória do império da Constituição pelo Chefe de Governo. Tal previsão ficava restrita, entretanto, a determinados lugares, apenas em casos de revolta à mão armada ou de graves perturbações que ameaçassem a segurança do Estado. Além dessas restrições, somente eram possíveis em caso de recesso do Parlamento. Era o surgimento dos *règlements de nécessité*, que persistiram, com alargamento de extensão e conteúdo, nas Constituições de 1814 e de 1830 e foram abolidas no Texto de 1848. Após breve restabelecimento do regime monárquico (1852 a 1871), a Constituição de 1875 adotou novamente o decreto-lei, que persistiu também na Carta Política de 1946 (de forma bastante restrita) e na atual, de 1958, que prevê o decreto-lei delegado, o decreto-lei sobre matéria financeira, o decreto-lei de urgência e necessidade e a possibilidade de inovação legislativa pelo Poder Executivo através de regulamentos autônomos e regulamentos de complementação.

O decreto-lei também é adotado, com bastante cautela, na Espanha e em Portugal. No primeiro sob intenso controle do Parlamento e no segundo com forte limitação material. Na Argentina encontra-se, além do regulamento autônomo, o regulamento de necessidade e de urgência, embora não previsto expressamente na constituição.

Na Itália, país cujo estudo interessa mais particularmente ao ordenamento jurídico pátrio, posto que a medida provisória constante no art. 62 da Constituição Federal de 1988 é praticamente uma cópia fiel do art. 77 da atual Constituição Italiana, a tradição sempre foi de adoção de atos legislativos pelo Poder Executivo. Desde a Monarquia Constitucionalista, época em que vigorava o Estatuto Albertino que, embora proibisse expressamente semelhante figura legislativa, não teve força para impedir a larga utilização de decretos-leis, situação que persistiu sem limites no período fascista. A Constituição Democrática de 1947, mesmo tendo conhecido os efeitos

²Para aprofundamento da matéria: SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*, São Paulo: LTr, 1ª ed., 1994, pp. 87-207.

nocivos do fascismo, após um período de transição, manteve o decreto-lei. Todavia, as ordinações de necessidade italiana são editadas sob forte responsabilização do Poder Executivo que, em regime parlamentarista, necessita sempre do voto de confiança do parlamento.

Entre nós, após termos convivido com o ilimitado poder do imperador, com os amplos poderes legislativos nas mãos do governo provisório pós proclamação da república, com o Estado Novo, com a Segunda República e com o Governo Militar pós 1964, períodos onde o Legislativo, se existente, foi praticamente relegado à situação de inexistência - é verdade, entremeados por alguns curtos períodos de vivência democrática -, foi editada a Constituição de 1988, a mais democrática de todas, que previu, para suprir a necessária possibilidade extraordinária de o Presidente da República inovar na ordem jurídica, a medida provisória.

Substituiu a medida provisória o famigerado decreto-lei, do qual se tratará mais adiante, apenas naquilo que necessário para o desenvolvimento do presente trabalho. Aliás, a eliminação do decreto-lei e a adoção da medida provisória, aliada a outros fatores, trazia a falaciosa sensação de restabelecimento da ordem democrática plena. Contudo, o que se verificou posteriormente é que o instituto da medida provisória tornou-se arma muito mais poderosa nas mãos do Poder Executivo do que o antigo decreto-lei.

Realmente, o breve período histórico vivido sob a égide da novel Carta foi suficiente para demonstrar que a medida provisória, no modelo adotado pelo constituinte, teve sérios problemas desde a gestação e não se curou, com o passar do tempo, de males congênitos. Aliás, logo após a promulgação da Constituição de 1988, os primeiros estudiosos que publicaram trabalhos sobre o assunto já demonstravam preocupação com a conduta que se teria na edição de medidas provisórias.

Apenas para citar alguns, Marco Aurélio Greco, em 1991, anotava que:

*“Um dos temas que tem suscitado grande preocupação dos juristas, seja no que se refere às suas características, seja quanto aos seus efeitos ou situações em que tem cabimento, é o das medidas provisórias previstas no art. 62 da Constituição Federal”.*³

Por sua vez, Leon Frejda Szklarowsky, também em 1991, acentuou que:

*“Lamentavelmente (...) o Constituinte serviu-se do figurino italiano, que permite a edição da medida provisória, com força de lei, em casos extraordinários de necessidade e urgência, contudo não prevê sua disciplina, na hipótese de não se converter em lei, ser alterada, ou não ser aprovada pelo decurso de prazo, preferindo que o Congresso o faça através de lei. É inequívoca a insegurança que essa situação gera, o que não acontecia com o decreto-lei, a partir da Emenda n. 1/69”*⁴.

³Nota do autor na obra *Medidas Provisórias*, São Paulo: Ed. RT, 1ª ed., 1991, p. 7.

⁴*Medidas Provisórias*, São Paulo: Ed. RT, 1ª ed., 1991, p. 75.

Michel Temer, prefaciando a obra de Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos, ainda em 1991, demonstrava preocupação com a quantidade de medidas provisórias já editadas àquela época, quando se contava com menos de três anos de promulgação da Constituição Federal:

“A adoção da Medida Provisória foi saudada durante o trabalho da Constituinte como instrumento democrático. Destinava-se, pensavam todos, a substituir o decreto-lei. Tanto bastava para justificá-la. Afinal, bania-se do ordenamento jurídico, figura legislativa simbolizadora do autoritarismo, da centralização, do depotismo e buscava-se em Constituição democrática, a italiana, veículo hábil à agilidade governativa.

O tempo se encarregou de revelar o desacerto daquelas aspirações. Eram ilusões, na verdade. Foram tantas as medidas provisórias editadas em dissonância com a Constituição que todos, tanto os da classe jurídica como os da política, preocupam-se com sua manutenção no Texto Constitucional”⁵.

E a preocupação não era desmedida, situação do qual já haviam se apercebido os mais atentos, como Michel Temer. Enquanto os autores acima citados preparavam as suas obras, apenas até o final de 1990 já haviam sido editadas 281 medidas provisórias⁶, numa clara demonstração de que o Poder Executivo não havia recebido como excepcional o instituto. Com o passar do tempo chegou-se a números inacreditáveis, de forma a dar razão àqueles que anunciam estarmos em pleno regime ditatorial, muito pior que a ditadura militar, que, pelo menos, era visível!

De acordo com dados atualizados até 28 de fevereiro de 1999, foram adotadas, contando-se edições e reedições, 3.570 medidas provisórias (!!!), sendo 138 no Governo José Sarney, 160 no Governo Collor de Mello, 505 no Governo Itamar Franco e 2.767 no Governo Fernando Henrique Cardoso⁷.

Além disso, apenas para se ter uma idéia sobre o gravíssimo problema das reedições, a medida provisória de n. 1.763, v.g., que dispõe sobre títulos da dívida pública de responsabilidade do Tesouro Nacional, teve publicada no Diário Oficial da União de 12.02.99 a sua 63ª reedição. Isto quer dizer que, considerando-se que medida provisória tem vigência de trinta dias, o Poder Executivo está legislando sobre a matéria, de forma ininterrupta, há mais de cinco anos!!! Como os dados são de fevereiro de 1999, muito provavelmente, quando o leitor estiver correndo os olhos por estas linhas, outras sete ou oito reedições já terão sido realizadas.

Parece não ser verdadeiro que os dados acima referem-se a país de opção de-

⁵Prefácio à obra *A Medida Provisória na Constituição - Doutrina - Decisões Judiciais*, São Paulo: Atlas, 1991, 1ª ed., p. 11.

⁶Incluídas edições e reedições. Fonte: *Levantamento e Reedições de Medidas Provisórias*, Senado Federal, Secretaria de Informação e Documentação, Subsecretaria de Informações, p. 281.

⁷Idem, p. 285

mocrática, onde deveria imperar o princípio da legalidade e onde uma figura como a medida provisória deveria ser utilizada excepcionalmente, em situação de real necessidade, quando não fosse possível a atuação prévia do Poder Legislativo. A regra, como se sabe, deveria ser no sentido de que cada esfera de poder atuasse nos limites de sua atribuição constitucional clássica, ficando destinada ao Legislativo a incumbência de inovar na ordem jurídica, salvo limitadíssimas exceções. Na prática, o Presidente da República tem legislado livremente por decreto, pois a exceção virou regra.

Os problemas começaram a surgir quando o constituinte brasileiro transportou para o Texto Constitucional brasileiro figura presente na Constituição Italiana de 1.947, que, em seu artigo 77, prevê:⁸

“quando em casos extraordinários de necessidade e de urgência o governo adota, sob a sua responsabilidade, provimentos provisórios com força de lei, deve apresentá-lo no mesmo dia para conversão às Câmaras, que, mesmo dissolvidas, serão especialmente convocados a se reunir no prazo de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias a partir de sua publicação. As câmaras podem, todavia, regulamentar com lei as relações jurídicas surgidas com base no decreto”.

Confrontando-se o dispositivo acima com o art. 62 da Constituição Brasileira, verifica-se que houve cópia praticamente idêntica, com ressalva apenas à expressão “relevância e urgência” (no lugar de necessidade e urgência do texto italiano), ao prazo de trinta dias para a perda da eficácia (sessenta dias na Itália) e ao fato de “dever” o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória (quando na Itália se prevê que as Câmaras “podem” disciplinar a matéria).

Ao que parece, o constituinte, procurando tornar mais severas as regras (trinta dias de vigência, em lugar de sessenta, além do dever do Congresso em disciplinar a matéria) tinha realmente a intenção de restringir o uso - ou pelo menos os efeitos - das medidas provisórias. Entretanto, no início dos trabalhos da Assembléia Constituinte havia uma forte movimentação política em torno da adoção, no Brasil, do sistema parlamentarista. Ocorre que a base política que sustentava tal pretensão enfraqueceu, prevalecendo o presidencialismo e a opção de escolha, pela população, através de plebiscito, do sistema e da forma de governo. Realizou-se, como se sabe, o plebiscito e foi o presidencialismo escolhido.

Todavia, permaneceu na Constituição o modelo de medida provisória elaborado para um sistema parlamentarista, o italiano. A sua permanência na Constituição, com sistema presidencialista, foi um grave erro. Na Itália, onde a *ordinanze de necessità*, como já dito, é bastante semelhante à nossa, o regime de governo é o par-

⁸Tradução livre para o vernáculo pátrio, feita por Brasilino Pereira dos Santos, *op. cit.*, p. 211.

lamentarismo. O chefe de governo é o primeiro ministro, que lidera um gabinete de ministros, escolhidos dentre os seus pares no parlamento. Caso entendam ser necessária a adoção de medida provisória, responsabilizam-se diretamente para com os colegas do Poder Legislativo. A responsabilização política por medida provisória tomada sem a necessária urgência ou necessidade pode, inclusive, levar à queda do gabinete, como já ocorreu. Desse modo, a iniciativa de adotar uma medida provisória será tomada por um gabinete de ministros, que analisarão com bastante cautela a real necessidade de inovar na ordem jurídica sem consultar os seus pares antecipadamente, pois disso poderá resultar a quebra de confiança e a queda do gabinete.

No sistema presidencialista, no entanto, o Presidente da República não está responsabilizado politicamente dessa forma. É ele eleito diretamente pela população, tem responsabilidade pessoal por seus atos - pois os ministros são apenas auxiliares administrativos -, razão pela qual apenas perde o seu mandato em caso de *impeachment*, que somente ocorrerá em situações extremas. Como o Presidente da República tradicionalmente tem sempre um mínimo de sustentação política no Congresso Nacional - pois o exercício do poder implica necessárias alianças e acordos -, e tendo em vista que a tradição brasileira não é de rigor nas sanções por atos de natureza política, fica difícil pensar em imputação de crime de responsabilidade ao Chefe do Executivo pelas excessivas edições de medidas provisórias sem a observância aos pressupostos constitucionais, o que, em tese, com o rigor necessário, seria possível, v.g., nos termos do art. 85, inciso II, da CF/88 (atentado contra o livre exercício do Poder Legislativo).

Diante desse quadro, chegou-se à caótica situação, porque não dizer, de afronta ao estado democrático de direito, visto que nenhuma segurança jurídica tem o cidadão, que pode ver, da noite para o dia, a alteração de qualquer dispositivo legal, sem discussão prévia no parlamento, legítimo representante dos interesses da população e a quem é destinada a tarefa constitucional típica de fixar os contornos da conduta social através da produção legiferante. Como se procura demonstrar no decorrer deste trabalho, tal situação decorre da imensa falta de critérios e de bom senso dos Presidentes da República que estiveram à frente do Governo, da absurda omissão do Poder Legislativo e da conivência do Poder Judiciário, que não soube instalar os freios necessários nos momentos em que teve oportunidade.

Infelizmente, a previsão feita pelo ilustre Ministro José Celso de Mello Filho, ainda em junho de 1.990, menos de dois anos após a edição da CF/88, no sentido de que a Constituição Federal havia imposto mecanismos de controle à edição abusiva de medidas provisórias, não se concretizou. Escreveu o Sr. Ministro à época:

“Para prevenir abusos ou práticas arbitrárias, a Constituição do Brasil estabeleceu garantias formais de controle dessa atividade presidencial, que constituem em quatro pontos essenciais: a) convocação extraordinária do Congresso Nacional, quando em recesso; b) imediata apresentação ao Congresso Nacional, pelo Execu-

tivo, da medida provisória por ele editada, visando à sua conversão em lei; c) perda de eficácia 'ex tunc' do ato não convertido em lei e d) possibilidade de controle jurisdicional da constitucionalidade da medida provisória, mediante exercício da jurisdição difusa ou concentrada - esta já expressamente admitida pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime proferida no julgamento da ADin 37-3-DF (medida cautelar), de que foi relator o eminente Ministro Francisco Rezek (DJ, de 23.6.89).

O que se pretende evitar, com este sistema de garantias, é que o exercício indiscriminado dessa excepcional competência do Poder Executivo se converta numa prática legiferante ordinária e substitutiva dos procedimentos comuns de formação das leis”⁹.

Não contava o eminente Ministro com a posição adotada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, no sentido de permitir as sucessivas reedições de medidas provisórias e de não interferir, na grande maioria dos casos, na aferição da existência ou não da urgência e relevância. Não se contava, ainda, com a inércia do Poder Legislativo na apreciação das medidas provisórias.

Contudo, uma luz parece começar a surgir no fim do túnel. A Proposta de Emenda Constitucional n. PEC-472/97, que se encontrava em tramitação na Câmara dos Deputados desde 15.05.97, foi aprovada em primeiro (19.05.99 - 453 votos a favor, 01 voto contra e 01 abstenção)¹⁰ e em segundo turno (26.05.99 - 412 votos a favor e 01 voto contra)¹¹ e está sendo remetida para o Senado Federal para nova apreciação, visto que a proposta original sofreu alterações. Referido proposta, oriunda do Senado Federal, onde havia recebido o n. PEC-1/95¹², cuja tramitação havia se iniciado em 16.02.95, faz profundas alterações no Texto Constitucional no que respeita à edição de medidas provisórias.

Mais importante do que a iniciativa de emenda à Constituição ou de disciplinamento na edição de medidas provisórias, é a vontade política que ora se demonstra na aprovação da emenda constitucional. Iniciativas e tentativas já ocorreram em oportunidades anteriores (por exemplo, Projeto de Lei da Câmara n. 13, de 1991 - Complementar)¹³, sem que nada tenha ocorrido de concreto. A própria proposta em questão está em tramitação desde 1995 (mesmo tratando de matéria fundamental para o país, mais de quatro anos de tramitação!!!). De fato, parece o Congresso Nacional finalmente ter tomado a efetiva decisão política de levar a cabo a emenda

⁹Considerações sobre as Medidas Provisórias, Revista PGE/SP, jun. 1990, pp. 203-225.

¹⁰Fonte: Coordenação de Estudos Legislativos e Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados.

¹¹Idem.

¹²Fonte: Diário do Congresso Nacional, Seção II, 17.2.95, pp. 2039-2040.

¹³Fonte: Levantamento e Reedições de Medidas Provisórias, Senado Federal, Secretaria de Informação e Documentação, Subsecretaria de Informações, pp. 330-331.

constitucional, ao ponto de o ilustre Presidente da Câmara dos Deputados, Dr. Michel Miguel Elias Temer Lulia, antes de tudo um professor de Direito Constitucional, ter anunciado solenemente, na sessão de encerramento do XX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, realizado pelo tradicional e conceituado IBDC - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, na cidade de São Paulo/SP., nos dias 05, 06, e 07 de Maio de 1999, que a Proposta de Emenda Constitucional estaria sendo enviada nos dias seguintes àquele evento para votação em plenário. Exatos doze dias depois a proposta estava aprovada em primeiro turno, e, uma semana depois, obteve a aprovação em segundo turno. Levando-se em conta que a proposta é originária do Senado Federal - naquela Casa já tendo sido aprovado em dois turnos - e considerando-se que as alterações procedidas na proposta pela Câmara dos Deputados tornam mais restritas as hipóteses de edição de medidas provisórias, posição que atende ao espírito original da proposta, tudo indica que dentro em breve ocorrerá a tão esperada emenda constitucional, expectativa que motivou a elaboração do presente trabalho.

A justificativa apresentada, no Senado Federal, quando levada à Mesa a Proposta de Emenda Constitucional n. 1/95, autoriza com tranqüilidade esse raciocínio:¹⁴

“Decorridos seis anos de vigência da Carta de 1988, tem-se uma perspectiva temporal suficiente para conferir o efeito de seus dispositivos sobre o funcionamento das instituições e a compatibilidade entre os seus princípios constitucionais e a realidade.

A independência entre os Poderes da União, pedra de toque na afirmação democrática da Lei Fundamental, vem sendo vilipendiada pelo uso abusivo do instituto da medida provisória, sucedânea do decreto-lei, instrumento legislativo da Constituição anterior, considerado pela maioria dos juristas como manietador do Poder Legislativo.

Durante os trabalhos de elaboração da Constituição de 1988, os defensores da inclusão da medida provisória no texto constitucional alegavam que o Poder Executivo não poderia prescindir de algo semelhante ao decreto-lei para atuar de modo célere diante de certos fatos que exigiam uma pronta ação da Administração Pública. Tais reclamos foram acolhidos. No entanto, a aplicação de medidas provisórias vem sendo rotineiramente desvirtuadas (sic) ao serem editadas sem nenhuma relevância ou urgência. Diante desse quadro, não seria exagero afirmar que o Executivo está usurpando a função legislativa do Poder competente representado pelo Congresso Nacional.

¹⁴Diário do Congresso Nacional, Seção II, pp. 2039-2040.

(...)

Por fim, distingue-se nesta proposta o elevado interesse de assegurar ao Legislativo o exercício pleno de seu poder-dever, isto é, atribuições e responsabilidades, de acordo com os princípios constitucionais fundamentais”.

O presente texto foi desenvolvido, assim, com objetivo de criar condições para confrontar as principais críticas dirigidas à atual e corriqueira prática de edições e reedições de medidas provisórias com o texto da Proposta de Emenda Constitucional, de forma a permitir a reflexão sobre o nível de correção no ordenamento jurídico que promoverá a emenda, caso venha realmente a ser aprovada. É oportuno deixar claro que não se está tendo como objetivo repisar aspectos jurídicos já bastante abordados e esclarecidos pelos estudiosos de Direito Constitucional, tais como natureza jurídica da medida provisória, natureza da lei de conversão, etc., muito embora em determinados momentos seja necessária abordagem parcial de tais conceitos.

2 - PRINCIPAIS CRÍTICAS AO ATUAL SISTEMA - ANÁLISE SOB O ENFOQUE DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL.

2.1. - A inexistência de limitação material.

O principal defeito do modelo de medida provisória adotado pela Carta de 1988 foi a total inexistência de limitação, pelo menos inicialmente, quanto à matéria que pode ser objeto de regramento por esse ato legislativo excepcional. Nesse aspecto, a medida provisória é muito mais suscetível a abusos que o antigo e tão criticado decreto-lei.

Os demais problemas enfrentados com a edição de medidas provisórias são mais resultado da conduta passível de repressão dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do que da redação da Carta, pois o Texto Constitucional dava instrumentos para a correta utilização do instituto. Até mesmo a limitação material poderia ter ocorrido naturalmente, caso tivesse prevalecido o bom senso.

O decreto-lei, cuja principal anomalia era ser convertido em lei automaticamente, caso não fosse rejeitado expressamente pelo Congresso Nacional, e, mesmo que rejeitado, teria os atos praticados sob a sua égide como válidos, somente podia ser editado para disciplinar matérias que envolvessem a segurança nacional, finanças públicas, inclusive matéria tributária, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos, e desde que não significassem aumento de despesa para os cofres públicos. É bem verdade que em nome dessa tal segurança nacional o Governo Militar incluía toda espécie de matéria na edição de decretos-leis, praticamente inibindo qualquer limitação material, situação contra a qual quase nada podiam fazer os subjugados poderes Legislativo e Judiciário.

Contudo, ainda que em regime militar, a Emenda Constitucional n. 1/69, no art. 58, onde estava previsto o decreto-lei, impunha limites materiais ao Presidente

da República. Absurdamente, com relação à medida provisória, em pleno período de consolidação do regime democrático, a Constituição Federal não impôs, de início, qualquer restrição material. Mesmo as limitações materiais acrescidas ao Texto Constitucional por meio de emendas constitucionais, são específicas sobre determinados assuntos.

Assim, o art. 73 do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional de Revisão n. 1/94, veda a adoção de medidas provisórias na regulação do Fundo Social de Emergência; o art. 246 da CF, por sua vez, incluído no texto pela Emenda Constitucional n. 6/95, proíbe a utilização de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995; a Emenda Constitucional n. 8/95, em seu artigo 2º, veda a adoção de medida provisória para regulamentar o inciso XI do art. 21, que trata da exploração dos serviços de telecomunicação; por fim, o mesmo ocorre por força do disposto no art. 3º da Emenda Constitucional n. 9/95, no que respeita à regulamentação da matéria prevista nos incisos I a IV e dos §§ 1º e 2º do art. 177 da CF (monopólio da União quanto à pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, bem como seu refino, importação e exportação, além dos contratos de exploração).

2.1.1. - Matéria tributária.

Uma das matérias sobre a qual se estabeleceu grande polêmica é a que diz respeito à possibilidade ou não de edição de medidas provisórias sobre matéria tributária. A doutrina bem que tentou impor limites. Juristas de peso, tais como Aliomar Baleeiro, Ives Gandra da Silva Martins, Paulo de Barros Carvalho, Ivo Dantas, Mizabel Derzi¹⁵, Clèmerson Merlin Clève¹⁶, Sacha Calmon Navarro Coelho, Hugo de Brito Machado¹⁷, além de muitos outros, opinaram com veemência pela impossibilidade de se editar medida provisória sobre matéria tributária, principalmente por entenderem existir ofensa ao princípio da legalidade (art. 5º, II e 150, I, CF) e da anterioridade (art. 150, III), além de entenderem que a edição de medida provisória sofre a mesma limitação contida no art. 68, § 1º, da CF, respeitante a leis delegadas, por se tratar de matéria reservada à lei complementar.

A discussão estendia-se, também, à definição da natureza da lei de conversão da medida provisória: pode a medida provisória converter-se em lei complementar? Ou a conversão há de ser apenas em lei ordinária? Para Paulo de Barros Carvalho, por exemplo, "É de clareza meridiana que nossa Lei Fundamental não admite a intromissão do Executivo naquilo que pertencer ao domínio de incidência de lei complementar".¹⁸

¹⁵Estes citados por Giovani Clark, em artigo sob o título de *Medidas Provisórias*, publicado na Revista de Informação Legislativa n. 113, jan/mar. 1992, pp. 153-170.

¹⁶*Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*, 1ª ed. São Paulo: RT, 1993, p. 170.

¹⁷Estes dois últimos citados por Clèmerson Merlin Clève, *op. cit.*, p. 170.

¹⁸*Medidas Provisórias*, artigo publicado na Revista de Direito Público n. 97, pp. 37-42.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, perdendo a oportunidade de ajudar a colocar o país nos trilhos, restabelecendo-se passo a passo o pleno estado democrático de direito, admitiu a edição de medidas provisórias sobre matéria tributária, sob o inacreditável argumento de que, se as medidas provisórias substituíram os decretos-leis, e se se permitia decretos-leis sobre essa matéria, também devem ser permitidas medidas provisórias. Veja-se pequena transcrição de trecho do voto condutor do Ministro Octávio Gallotti, designado relator na julgamento da ADin n. 1.417-DF¹⁹:

“Tendo força de lei, é meio hábil, a medida provisória, para instituir tributos, e contribuições sociais, a exemplo do que já sucedia com os decretos-leis do regime ultrapassado como sempre esta Corte entendeu”.

Como se vê, ignorou a Suprema Corte a nova ordem constitucional e atrelou-se a entendimento construído durante o regime ditatorial. Toda a produção doutrinária em sentido contrário, de renomadíssimos juristas, foi desprezada.

Mas o remédio, ainda que um pouco tardio, parece estar chegando. Quanto à possibilidade ou não de edições de medidas provisórias sobre matéria tributária, a proposta de emenda dispõe o seguinte:

“Art. 62. (...)

§ 2º. Medida provisória que implique instituição ou majoração de tributos, exceto os previstos no art. 153, I, II, IV, V e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”.

Destarte, salvo nos casos do imposto de importação (II), do imposto de exportação (IE), do imposto sobre produtos industrializados (IPI), do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOC) e dos impostos extraordinários, tributos estes aos quais já não se aplica o princípio da anterioridade por força de disposição constitucional expressa (art. 150, § 1º, CF), a medida provisória sobre matéria tributária somente produzirá efeitos no exercício seguinte e desde que convertida em lei.

Pelo texto, a instituição ou majoração de tributos por medida provisória somente produzirá efeitos no exercício seguinte (respeito ao princípio da anterioridade), servindo de parâmetro para a fixação do exercício de inovação tributária a data de publicação da lei de conversão, e não a da edição da medida provisória. Além disso, a medida provisória passará sofrer o mesmo tratamento do projeto de lei com solicitação de urgência pelo Presidente da República, como se verá mais à frente.

2.1.2. - Matéria penal.

Embora seja absurdo, sempre com respeito às opiniões contrárias, sequer pensar-se em restringir a liberdade de um cidadão por ato e vontade únicos e uni-

¹⁹RTJ 162/504.

laterais de um outro cidadão - o Presidente da República - a controvérsia instalou-se logo após a promulgação da Constituição de 1988. O argumento mais forte da grande maioria - quase unanimidade²⁰ - é de inobservância ao princípio da reserva absoluta de lei.

É óbvio que a lei, nesse caso, é a lei formal, oriunda do Poder Legislativo, nascida de amplo debate, e não a força de lei emprestada a um instituto legislativo excepcional. Como se procederá com o cidadão que tenha a sua liberdade privada um dia após a edição de uma medida provisória que trate de matéria penal, se ao final de trinta dias houver rejeição pelo Congresso Nacional? Como informar ao cidadão que a sua prisão decorreu da interpretação de uma pessoa que, aos olhos dos representantes do povo, estava equivocada?

A Proposta de Emenda Constitucional em análise aniquila de uma vez por todas a discussão, que sempre pareceu um tanto quanto despicinda:

“Art. 62. (...)

§ 1º. *É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:*

I - relativa :

(...)

b) direito penal...”

Além da possibilidade de restrição à liberdade do cidadão pelas razões acima mencionadas, alguns autores²¹ sempre defenderam que matéria penal não pode ser objeto de medida provisória, assim como todas as outras incluídas no art. 22 da Constituição Federal, porque a competência legislativa ali mencionada é da União - através do congresso Nacional - e não do Presidente da República, mesmo considerando-se que tem ele participação assegurada no processo legislativo, através da iniciativa, da articulação política de seus aliados nas Casas Legislativas, da sanção ou veto. Porém, a Proposta de Emenda Constitucional é taxativa e encerra qualquer discussão a respeito.

2.1.3. - Matéria processual

Alvo de severas críticas sempre foi, da mesma forma, a edição de medidas provisórias sobre matéria processual. Para alguns, como já mencionado no item anterior, sequer se poderia falar em disposição sobre a matéria através de medida provisória, por se tratar de competência privativa da União (art. 22, I, CF), através de suas Casas Legislativas, e não através do Presidente da República.

A discussão sempre se acirrou, contudo, quando se tratava de limitação processual procedida através de medida provisória ao Poder Judiciário, *v.g.*, impossibili-

²⁰Registre-se a posição favorável de Paulo Cesar Lima Bastos, em artigo citado por Brasilino Pereira dos Santos, *op. cit.*, pp. 723-726.

²¹Entre eles, Francisco Wílido Lacerda Dantas, em artigo publicado sob o título *O Estad-de-Direito e as Medidas Provisórias* na RT 654/238.

dade de concessão de liminares em determinadas matérias ou em determinadas situações especiais em relação ao Poder Público.

A inconstitucionalidade, nesse caso, sempre presente, pois a agressão ao princípio da separação dos poderes é clara (art. 60, § 4º, III, CF), o que implicaria ofensa à cláusula pétrea. Além disso, sendo o processo instrumento de satisfação do direito, não poder ele ser alterado se houver um mínimo de perigo de lesão a direitos e garantias individuais (também cláusula pétrea, art. 60, § 4º, IV, CF).

De fato, como observa Brasilino Pereira dos Santos²², permitir ao Executivo disciplinar sobre o direito instrumental, “*seria o mesmo que consentir-lhe ditar as ordens de como o juiz deve operar a jurisdição*”.

Em matéria processual penal o raciocínio a ser aplicado é semelhante, com muito mais ênfase, pois o direito assegurado pelo instrumento - processo - é a liberdade do cidadão. Se não se pode admitir medida provisória em matéria penal, pelas razões já abordadas anteriormente, com muito mais razão não se pode admitir que os instrumentos de apuração do delito - ou, sob outra ótica, da pretensão punitiva - sejam alterados sem a prévia discussão no processo legislativo ordinário.

Dando fim a todas as discussões, atenta às desavenças havidas entre os doutrinadores e aos possíveis abusos, a proposta de emenda é clara:

“Art. 62. (...)

§ 1º. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa:

(...)

b) ..., processual penal e processual civil”.

Está expressamente vedada, destarte, a edição de medida provisória sobre matéria processual, nas esferas civil e penal, não se permitindo qualquer exceção, por mais simples que seja.

2.1.4. - Matérias vedadas pela própria CF

Algumas matérias são e sempre foram vedadas pela própria Constituição Federal, bastando uma não muito aprofundada análise sistemática do texto da Carta. O Ministro Celso de Mello, em artigo que recebeu o título de Considerações Sobre as Medidas Provisórias, já aqui mencionado²³, chamava a atenção para a necessidade de observância a pelo menos três princípios na emanação de novas regras através de medidas provisórias. Além do princípio da liberdade, relacionado intimamente à matéria penal, mencionava ele o princípio da divisão funcional do poder e o princípio da Federação.

Não se tem como admitir, de fato, que o Presidente da República pretenda dispor, por medida provisória, sobre matérias de competência exclusiva das demais es-

²²Op. cit., p. 793.

²³Revista PGE/SP, jun. 1990, pp. 203-225.

feras de poder ou que pretenda interferir na organização e estrutura dos demais poderes constituídos ou dos demais entes da federação. Seria um absurdo atentado à determinação constitucional de interdependência e harmonia entre os poderes (art. 2º e 60, § 4º, III, CF), além de ataque ao princípio do federalismo (art. 1º e 60, § 4º, I, CF), que pressupõe autonomia dos entes federados (União, Estados e Municípios).

Além disso, por óbvio, complementando o raciocínio acima, não podem ser objeto de medida provisória as matérias cuja delegação é expressamente vedada (CF, art. 68). Ora, se o Congresso Nacional não pode delegar ao Presidente da República poderes para dispor sobre determinadas matérias, parece não haver qualquer sombra de dúvida sobre a impossibilidade dessa disposição legal ocorrer através de medida provisória. Assim, nos termos do art. 68 da CF, não podem ser objeto de medida provisória os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal²⁴, a matéria reservada à lei complementar (mais um motivo para que não se admita medida provisória em matéria tributária, assunto já tratado linhas atrás), nem a legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros, nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais, além de planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A maioria das matérias acima estão também relacionadas entre aquelas chamadas cláusulas pétreas, cuja emenda constitucional é vedada expressamente (art. 60, § 4º, CF), já que, segundo a lição de José Afonso da Silva:

“... o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: 'fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado', 'fica abolido o voto direto...', 'passa a vigorar a concentração de Poderes', ou ainda 'fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação ...', ou o 'habeas corpus, o mandado de segurança...'. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, 'tenda' (emendas 'tendentes', diz o texto) para a sua abolição”²⁵.

Se não se permite a delegação ao Presidente da República e sequer emenda constitucional pode haver sobre a maioria dessas matérias, inimaginável a adoção de medidas provisórias. Nada obstante a clareza do Texto Constitucional, se bem interpretado, a Proposta de Emenda Constitucional 472/97, atendendo ao anseio do brasileiro, que parece precisar sempre que lhe repitam por diversas vezes o que a

²⁴Sobre competência, *Competências na Constituição de 1988*, de Fernanda Dias Menezes de Almeida, São Paulo: Ed. Atlas, 1991.

²⁵*Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1.996, 11ª ed., p. 69.

norma quer dizer - ou a necessidade de ser conduzido a ferro e fogo, dependendo da ótica pela qual se analisa a questão -, expressamente dispõe:

"Art. 62. (...)

§ 1º. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos e direito eleitoral;
(...)

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer ativo financeiro;

III - reservada à lei complementar".

A emenda produz, ainda, pequenas alterações nos textos dos artigos 48 (atribuições do Congresso Nacional), 57 (reuniões do Congresso Nacional), 61 (iniciativa legislativa), 64 (discussão, no Congresso Nacional, de projetos de iniciativa do Presidente da República) e 84 (atribuições do Presidente da República), com objeto de dar consonância a esses dispositivos com a alteração principal procedida no art. 62 da Constituição Federal.

Chama a atenção o fato de o texto da proposta de emenda, que praticamente transcreveu o § 1º do art. 68 da CF (impossibilidade de delegação legislativa), não ter incluído os direitos individuais. Como se vê, o inciso II do § 1º do art. 68 foi praticamente copiado, na proposta de emenda, no § 1º, inciso I, a, do art. 62 da CF ("nacionalidade, cidadania, políticos e eleitorais"), suprimindo-se apenas o direitos individuais, numa clara demonstração de que poderão ser editadas medidas provisórias sobre direitos individuais. Neste caso, está entendendo o Poder Constituinte Reformador que a apreciação de matéria sobre direitos individuais poderá ser feita *a posteriori* pelo Congresso Nacional, na apreciação da medida provisória editada.

Levando-se em consideração que os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, quando a proposta de emenda tenda a aboli-los (art. 60, § 4º, IV, CF), conclui-se que poderá haver a edição de medidas provisórias sobre direitos e garantias individuais, desde que tal dispositivo não tenha qualquer tendência a aboli-los, sob pena de inconstitucionalidade.

2.1.5. - Matérias cuja análise já tenha sido feita pelo Congresso Nacional em projeto de lei.

Por fim, quanto à limitação material a Proposta de Emenda Constitucional traz ainda uma alteração oriunda de raciocínio lógico e de absoluta coerência com o contexto:

"Art. 62. (...)

§ 1º. *É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:*
IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto pelo Presidente da República;
V - que tenha sido objeto de veto presidencial pendente de apreciação pelo Congresso Nacional”.

Não há a menor razão para que o Presidente da República, tendo em suas mãos projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional sobre determinada matéria, apenas para que o sancione ou vete, pretenda dispor de forma diferente, por medida provisória, se o Legislativo acabou de apreciar a matéria. É óbvio que se medida provisória fosse editada em sentido contrário ao projeto de lei já aprovado, a rejeição da mesma já estaria decretada antecipadamente, razão pela qual deve ser vedado tal expediente.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado para a análise do inciso "V" acima, pois, se se permitisse a edição de medida provisória sobre matéria objeto de veto, bastaria ao Presidente da República, na situação acima descrita, vetar o projeto de lei para estar legitimado a editar a medida provisória.

2.2. - As reiteradas reedições.

O atual § único do art. 62 da Constituição Federal prevê:

“Art. 62. (...)

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”.

Nada mais precisaria ser dito, pois as medidas provisórias perderão a eficácia se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias. Diante disso, a interpretação mais coerente seria no sentido de que, não convertida em lei a medida provisória no prazo estipulado, perderia ela automaticamente a eficácia, enxergando-se a omissão do Legislativo na apreciação como rejeição tácita. Esse entendimento é esposado por diversos autores, entre eles Roque Antônio Carrazza²⁶ e Ivo Dantas²⁷.

Há, por seu turno, aqueles que entendem ser possível a reedição de medida provisória não apreciada no prazo estipulado pela CF. Entre eles está Clèmerson Merlin Clève, que não vê óbice na reapresentação da medida provisória que não tenha sido objeto de deliberação pelo Congresso Nacional.²⁸

Embora possa até ser compreensível que o prazo para apreciação da medida provisória pelo Congresso Nacional é muito exíguo, há um fator que impede, s.m.j., qualquer interpretação simpática à reedição de medidas provisórias: a perpetuação

²⁶Curso de Direito Constitucional Tributário, São Paulo: RT, 1991, 2ª ed., pp. 157-158.

²⁷Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias, Brasília: Brasília Jurídica, 1997, 3ª ed., pp. 97-98.

²⁸Op. cit., pp. 177-178.

da atividade legislativa do Poder Executivo. Não há como defender a reedição sucessiva de uma medida provisória por 60, 70 vezes, prolongando a situação excepcional e provisória por mais de cinco, seis anos, tornando impossível, com o passar do tempo, a sua rejeição, pois, nem com passe de mágica poderá o Congresso Nacional disciplinar relações jurídicas praticadas sob a égide de medida provisória rejeitada após cinco anos de vigência ininterrupta (ou, caso se prefira, durante dezenas de pequenas vigências de trinta dias). Se for para permitir tal procedimento, é melhor fechar o Congresso Nacional e dar amplos poderes legislativos ao Presidente da República.

Mas justamente o Congresso Nacional tem parcela de culpa nessa situação, se não maior, pelo menos igual à do Executivo. Ainda que se admita que o prazo para apreciação da medida provisória outorgado pela Lei Fundamental é realmente pequeno, e que são diversas as atribuições das Casas Legislativas, o Congresso Nacional tinha instrumentos para não permitir que a sucessiva reedição de medidas provisórias se tornasse um expediente corriqueiro. Bastava que, logo de início, tivesse veementemente rejeitado medidas provisórias editadas de forma irregular, não permitindo a proliferação desse expediente²⁹. Depois que centenas, milhares de medidas provisórias foram editadas e reeditadas tornou-se mesmo impossível apreciá-las.

Mesmo as medidas provisórias objeto de dezenas de reedições podem ser interrompidas pelo Congresso Nacional, bastando que aprecie a última, rejeitando-a ou determinando a sua conversão em lei. Aliás, foi esse o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal que, fustigado a apreciar a questão, entendeu que as reedições sucessivas decorreram da falta de deliberação parlamentar. No julgamento da ADin-ML n. 1.315-7, v.g., relator o i. Ministro Ilmar Galvão, assim ficou decidido³⁰:

“De tudo resulta, pois - vale repisar - que só a falta de deliberação parlamentar - decorra ou não de inação tática da maioria -, é que viabiliza a prática das revogações e reedições sucessivas de medidas provisórias, o que, convenha-se, corta pela raiz a impugnação à sua constitucionalidade que se pretenda fundar no princípio da independência dos poderes.

Parece claro que não ofende a independência do Legislativo a ação do Executivo cuja eficácia política a deliberação parlamentar pode paralisar a qualquer tempo.

Não vejo, pois, na presente arguição de inconstitucionalidade a plausibilidade bastante a impor o provimento liminar excepcional.

'Ad referendum do Plenário, INDEFIRO a liminar'.

Digno de nota, pelo brilhante conteúdo, o julgamento da ADin-ML n. 1.558-3, onde o ilustre Ministro Celso de Mello, ao julgar pedido de liminar formulado com

²⁹Já que, quanto às medidas provisórias expressamente rejeitadas pelo Congresso Nacional nunca se permitiu reedição (v.g., ADin-ML n. 1.204-DF, RTJ 157/856).

³⁰Texto do julgamento extraído da página do STF na Internet.

base na inconstitucionalidade, teceu valorosos comentários no sentido de acolher a pretensão do requerente, mas, curvando-se à posição contrária adotada pelo Plenário em outro julgamento, negou a liminar³¹:

*“Entendo que a **indiscriminada** utilização de medidas provisórias pelo Presidente da República traduz comportamento institucional que não presta a necessária reverência ao texto da Constituição da República.*

*É certo que as múltiplas exigências que concernem ao Estado contemporâneo impõem a adoção, pelos diversos sistemas constitucionais, de mecanismos destinados a viabilizar uma produção normativa ágil e eficaz reclamada por situações **extraordinárias** de necessidade e de urgência.*

*Essas situações extraordinárias de necessidade e urgência - muito embora legitimem, no contexto do modelo constitucional brasileiro, o exercício da atividade normativa primária pelo Executivo - **não conferem** ao Presidente da República o poder de manipular a excepcional competência de editar atos com força de lei, eis que essa prerrogativa de ordem institucional, por não se qualificar como um direito **fora** da Constituição, supõe, para efeito de seu válido exercício, a **estrita** observância das normas impostas pela própria Lei Fundamental.*

*É que as medidas provisórias **não podem** qualificar-se como expressão formal de um gesto **estigmatizado** pela nota de ilicitude constitucional.*

*Cumpra não desconhecer, neste ponto, que é o Parlamento, no regime de separação de poderes, o único órgão estatal investido de legitimidade constitucional para elaborar, **democraticamente**, as leis do Estado.*

(...)

*O **uso compulsivo** de medidas provisórias, além de caracterizar abuso no exercício de uma **competência extraordinária** outorgada pela Carta Política ao Presidente da República, revela-se fator que **deforma** o sentido democrático das instituições, que **desrespeita** o princípio da separação de poderes e que transforma a Constituição da República numa peça subalterna **desvestida** do elevado significado político e jurídico que possui na consciência dos povos livres.*

(...)

Também entendo, na linha da postulação deduzida pelo Partido

³¹DJ, Seção I, de 4.2.97.

dos Trabalhadores, que não assiste ao Presidente da República o direito de substituir-se ao Congresso Nacional, para, **mediante cláusula de convalidação**, legitimar, **por decisão própria**, os atos praticados com fundamento em medida provisória, que, por, ausência de deliberação parlamentar, **deixou** de converter-se em lei. Sabemos que as medidas provisórias, quando não apreciadas dentro do prazo constitucional (30 dias), despojam-se integralmente de eficácia jurídica. **Mais do que isso, a ausência** de conversão das medidas provisórias em lei gera, por expressa determinação constitucional, a própria invalidação dos atos praticados com fundamento nelas, **privando-os**, com efeito 'ex tunc', de todas as consequências jurídicas deles emergentes.

(...)

Com isso, **não é** de admitir a substituição, por unilateral declaração de vontade do Presidente da República, do próprio Congresso Nacional, que, a partir da cláusula de convalidação referida, vê-se afastado do exercício de uma competência que, **nessa matéria**, somente a ele foi deferida pela Constituição.

Todas essas razões que venho de expor **levar-me-iam** a acolher a postulação cautelar formulada pelo Partido dos Trabalhadores, ordenando, em consequência, a suspensão de eficácia da norma inscrita no art. 6º da Medida Provisória nº 1.534-1, de 16/01/97.

Ocorre, no entanto, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em **recentíssima** decisão proferida em 09/12/96, **indeferiu** idêntico pleito - **também** formulado pelo Partido dos Trabalhadores - concernente à suspensão cautelar de norma revestida do **mesmo** conteúdo material veiculado no preceito estatal **ora** impugnado (ADIN nº 1.533-DF, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI).

Assim sendo, e não obstante a minha posição pessoal, **devo** submeter-me à deliberação emanada do Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Em consequência, e tendo presente a decisão proferida na ADIN nº 1.533-DF, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, **indeferio**, ad referendum do Plenário, o pedido de suspensão cautelar de eficácia da norma inscrita no art. 6º da Medida Provisória nº 1.534-1, de 16/01/97 (**RISTF**, art. 21, V)". (os grifos são do original).

Causa entristecimento saber que a Egrégia Corte Suprema tinha entre seus pares tão brilhante opinião e optou por tomar o caminho equivocados. Dá certa dose de ânimo, porém, a Proposta de Emenda Constitucional, que, sobre esse particular, dispõe o seguinte:

"Art. 62. (...)

§ 3º. As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 7º e 8º, perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º. O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á a partir da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional”.

A redação acima autoriza o entendimento de que, admitida apenas uma prorrogação, não mais se admite a reedição. Entretanto, o texto que havia sido aprovado em primeiro turno era mais explícito e dispunha, no § 4º: “É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, do todo ou parte de medida provisória que tenha sido objeto de rejeição ou tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo”. De qualquer forma, o texto da proposta de emenda, ao permitir apenas uma prorrogação, por prazo de sessenta dias (e não mais 30), impede qualquer pretensão de reedição (argumento reforçado pela redação do art. 7º a ser acrescentado ao art. 62 da CF³², que expressamente menciona perda de eficácia da medida provisória). Além disso, a proposta de emenda traz inovações no procedimento de apreciação legislativa da medida provisória que, ao que tudo indica, promoverão significativos progressos na deliberação da mesma, fato que impedirá a omissão do Poder Legislativo³³.

2.3. - Os pressupostos de validade.

Outro aspecto das medidas provisórias que foi objeto de grande controvérsia é a necessidade de atendimento aos chamados pressupostos de validade. Pelo texto da Carta de 1988, o Presidente da República pode, em caso de relevância e urgência, adotar medidas provisórias. Não faltaram opiniões no sentido de que, sendo os conceitos de relevância e urgência muito subjetivos, deveriam o Congresso Nacional e o Poder Judiciário funcionar como freios aos eventuais abusos cometidos pelo Presidente da República.

Não era difícil concluir que, sentindo-se o Presidente da República à vontade, sem qualquer espécie de barreira de difícil transposição, passaria a baixar medidas provisórias sob um enfoque particular de relevância e urgência. Passou a adotar, então, medidas provisórias sobre as mais variadas matérias, sem qualquer critério na aferição da existência da verdadeira necessidade urgente. Surgiram, então, medidas provisórias sobre a simplificação do arquivamento de atos nas Juntas Comerciais e do protesto de título de dívida de microempresas e de empresas de pequeno porte (MP n. 1.681), definindo o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (MP n. 1.814), dispondo sobre o valor das mensalidades escolares (MP n. 1.733), e assim por dian-

³²Do qual se tratará mais adiante.

³³Matéria que será apreciada em item próprio, mais à frente.

te. A liberdade que sentiu o Chefe do Executivo foi tão grande que passaram a ser tratadas matérias passíveis de regramento até mesmo por decreto.

Sempre se argumentou, outrossim, que o fato de serem sucessivamente reeditadas as medidas provisórias por si só já demonstrava a ausência de urgência, pois, caso isso fosse verdade, a situação não se perduraria no tempo. Se a situação a ser regulada perdurava-se no tempo, a ponto de permitir sucessivas reedições da medida provisória, tal fato era prova de que a matéria poderia ter sido objeto de projeto de lei. Além disso, o Presidente da República sempre teve a possibilidade de solicitar urgência para os projetos de lei que envia ao Congresso Nacional (art. 64, § 1º, CF; Regimento Interno da Câmara dos Deputados, arts. 204 e ss.; Regimento Interno do Senado Federal, arts. 336 e ss.).

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, indignado até mesmo com o questionamento que lhe haviam feito sobre a possibilidade ou não de controle de referidos pressupostos pelo Poder Judiciário, conclui, após tecer belas considerações sobre o assunto:

“10. Verifica-se, pois, que, além de serem óbvias e incontendíveis as razões pelas quais compete ao Poder Judiciário examinar a ocorrência ou inoccorrência de 'interesse público relevante e urgência' como requisitos condicionais à validade de medidas provisórias, todos os hipotéticos argumentos forjáveis imaginosamente para defesa de ponto de vista contrário são de uma inconsistência, de uma fragilidade e de uma pobreza extremas. Não resistem ao menor exame. Antes, exibem-se, 'prima facie', como ilógicos, incongruentes ou até mesmo como permeados de uma ingenuidade extremada.

*11. Assim, não há senão concluir, como fecho, que ao Poder Judiciário compete examinar se ocorrem a 'relevância e urgência' que a Constituição erige em requisitos para expedição de medida provisória (art. 62) e que fazê-lo é um dever indeclinável”.*³⁴

E o Poder Judiciário, considerando-se que o Legislativo já vinha se omitindo em apreciar as medidas provisórias, foi instado a manifestar-se, ocasiões em que poderia ter exercido o seu dever indeclinável de examinar a observância dos pressupostos de relevância e urgência - para utilizar a expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello acima transcrita - e ter sido mais contundente, impondo limites ao Executivo. No entanto, optou por deixar a aferição de relevância e urgência nas mãos do próprio Presidente da República, entendendo tratar-se de decisão de caráter discricionário, oriunda de seu juízo político.

No julgamento do RE n. 221.856-5-PE, por exemplo, relator o i. Ministro Carlos Velloso, assim se decidiu:

³⁴Artigo sob título *Controle Jurisdicional dos Pressupostos de Validade das Medidas Provisórias*, RT 758/11.

*“... quanto aos requisitos de relevância e urgência, a sua apreciação, em princípio, dado o seu caráter político, fica por conta do Chefe do Poder Executivo e do Congresso. Todavia, se a relevância ou a urgência evidenciar-se improcedente, no controle judicial, o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória. Na ocasião, registrei o decidido no RE 62.739-SP, de que foi relator o saudoso Min. Aliomar Baleeiro (RTJ 44/54). O acórdão da citada ADin 1.397-DF, por mim relatada, está na RDA 210/294”.*³⁵

Guardando coerência com a redação do acórdão acima, o Supremo Tribunal Federal somente declarou a inconstitucionalidade de medida provisória por não atendimento aos requisitos de relevância e urgência em raras oportunidades, como no caso da ADin n. 1.753-DF, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, relator o e. Ministro Sepúlveda Pertence (DJU de 19.9.97), através da qual foi suspensa, também por outros argumentos, a eficácia do art. 4º e seu § único da Medida Provisória n. 1.632-11/98, que estendia o prazo para propor ação rescisória pelo Poder Público para cinco anos, com alteração do art. 485 do Código de Processo Civil.

Quanto aos pressupostos de validade da medida provisória, a Proposta de Emenda Constitucional em estudo prevê:

“Art. 62. (...)

§ 5º. A deliberação do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais”.

Pela redação, tem-se que, as inovações acerca do procedimento de apreciação legislativa que deverão ser procedidas após a aprovação da proposta de emenda³⁶, farão incluir mecanismos de análise prévia dos pressupostos de relevância e urgência, de forma precedente à análise do mérito. O efetivo controle dependerá, ainda, de vontade política do Congresso Nacional, situação que aparentemente estará resolvida pelo menos quanto à omissão na apreciação, já que a proposta de emenda fixa prazos finais para deliberação acerca da medida provisória.

3. - OUTRAS ALTERAÇÕES RELEVANTES.

3.1. - Procedimento para apreciação pelo Legislativo.

Não há atualmente disposição legal, nem mesmo nos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com previsão expressa e particular sobre o procedimento para apreciação legislativa da medida provisória. É ela tratada, atualmente, como um projeto de lei, procedimento que recebe a aprovação do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que ensina:

³⁵RT 757/117.

³⁶Como já mencionado anteriormente, ver breve abordagem do assunto linhas à frente.

“Não cabe, todavia, ao Congresso aprovar ou desaprovar a medida provisória. Deve ele tomá-la como um projeto de lei a ser devidamente apreciado, o qual, obtendo aprovação, se converte em lei. Realmente, o art. 62, parágrafo único, diz textualmente que 'as medidas provisórias perderão eficácia - desde a edição - se não forem convertidas em lei, no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação'. Claro está, portanto, que a medida provisória equiivale a um projeto de lei, com eficácia antecipada”³⁷.

As alterações contidas na Proposta de Emenda Constitucional determinam que o procedimento de tramitação legislativa das medidas provisórias se dê na mesma forma que os projetos de leis com solicitação de urgência feitos pelo Presidente da República (art. 64, §§ 1º e 2º, CF). A alteração prevista ao art. 62 prevista na proposta de emenda é praticamente cópia idêntica da atual redação do art. 64, § 2º, da CF, que sofre também pequena alteração. Veja-se:

“Art. 62. (...)

§ 6º. Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua prorrogação, sobrestar-se-ão todas as deliberações legislativas do Congresso Nacional e de suas Casas, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a apreciação, observado o prazo previsto no § 3º.
(...)

Art. 64. (...)

§ 2º. Se, no caso do parágrafo anterior, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação”.

Como se pode observar, pretende-se solucionar o grave problema da omissão e retardo do Poder Legislativo na apreciação de medidas provisórias dando à mesma, no tocante ao procedimento de apreciação, o mesmo tratamento do projeto de lei com urgência solicitada pelo Presidente da República, obrigando-se a inclusão para julgamento na ordem do dia, caso ainda não tenha sido apreciada no prazo de 45 dias contados da prorrogação permitida no § 3º do mesmo artigo 62 (texto do projeto de emenda). A alteração transformará a equiparação que se faz da medida provisória, no tocante ao procedimento de apreciação, ao projeto de lei com regime de urgência solicitada pelo Presidente da República, o que efetivamente deve resolver o problema, principalmente considerando-se que, com as rígidas limitações constantes da proposta de emenda, deve ser reduzido substancialmente o número de medidas provisórias editadas. Aprovada a emenda constitucional, obrigatoriamente serão

³⁷Do *Processo Legislativo*, São Paulo: Saraiva, 1995. 3ª ed., p. 234.

procedidas alterações nos regimentos internos das Casas, inclusive para incluir disposições acerca da aferição sobre a observância ou não aos pressupostos de validade (urgência e relevância).

A Proposta de Emenda Constitucional demonstra preocupação, ainda, com as diversas medidas provisórias que encontram-se em tramitação no Congresso Nacional e dispõe, em seu art. 2º:

“Art. 2º. Às medidas provisórias em vigor na data da promulgação desta Emenda Constitucional aplicam-se as regras vigentes na data de sua edição.

Parágrafo único. A apreciação das medidas provisórias referidas neste artigo deverá estar concluída no prazo de cento e oitenta dias contados da promulgação desta Emenda Constitucional, sob pena de sobrestamento de todas as deliberações legislativas do Congresso Nacional e de suas Casas, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a deliberação”.

O próprio Congresso Nacional fixa para si o prazo de 180 dias para apreciar as matérias constantes nas medidas provisórias editadas até a data de promulgação da Emenda Constitucional, sob pena de paralisação quase que total (exceto aquelas que decorram de prazo constitucionalmente fixado) de suas atividades para ultimar os trabalhos de deliberação.

3.2. - Forma de disciplinamento das relações jurídicas.

Questão que também se apresenta na atual redação do art. 62 da Constituição Federal é a maneira pela qual o Congresso Nacional deve disciplinar as relações jurídicas decorrentes da não-conversão em lei da medida provisória, por rejeição expressa ou tácita (transcurso de prazo, que, ao que tudo indica, com o texto da Proposta de Emenda Constitucional não suscitará mais dúvidas).

A dúvida centra-se principalmente na possibilidade de disciplinamento por lei (e sendo lei, se ordinária ou complementar) ou por decreto legislativo. A Proposta de Emenda Constitucional resolve de uma vez por todas a questão e determina que o disciplinamento seja feito por decreto legislativo do Congresso Nacional (§ 3º, *in fine*, acrescentado ao artigo 62 da CF, já transcrito linhas acima).

A proposta ainda dispõe:

“Art. 62. (...)

§ 7º. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 8º. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até a que seja sancionado ou vetado o projeto”.

As disposições acima, aparentemente simples, resolverão, caso seja aprovada a emenda, enorme questão envolvendo os efeitos da medida provisória não convertida em lei, bem como os efeitos decorrentes da alteração do texto original quando de sua tramitação no Congresso Nacional.

O § 7º acima transcrito, a ser acrescentado ao art. 62 da CF, determina que, caso não seja editado o decreto legislativo regulador das relações jurídicas decorrentes da não conversão em lei da medida provisória, referidas relações sejam consideradas como regidas pela própria medida provisória. Isto significa que poderá haver, caso seja omissivo o Congresso Nacional no prazo de sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia, uma convalidação do texto da medida provisória durante o período em que a mesma esteve em vigor. Caso assim não deseje o Congresso Nacional, deverá editar o decreto legislativo disciplinador.

Por sua vez, o § 8º retro elimina discussão sobre os efeitos de eventuais emendas procedidas no texto original da medida provisória, matéria que tem suscitado muita discussão. Determina o mencionado dispositivo legal que, havendo alteração de texto na lei de conversão (ou seja, alteração do texto original da medida provisória), permanecerá em vigor o texto da medida provisória até que seja sancionado ou vetado o projeto de lei que, somente a partir daí começará a produzir efeitos.

4. - CONCLUSÃO

Parece que se pode afirmar com tranquilidade que, caso seja aprovada a Proposta de Emenda Constitucional n. 472/97, aprovada na Câmara dos Deputados em primeiro e segundo turno e que agora será reapreciada pelo Senado Federal, vez que daquela Casa é originária (onde havia recebido o n.1/95), trazendo todas as alterações citadas e analisadas no presente trabalho, estarão resolvidos a grande maioria dos graves problemas envolvendo as sucessivas edições e reedições de medidas provisórias, que vêm causando graves prejuízos à segurança das relações jurídicas no país. De fato, as alterações propostas no Texto Constitucional são profundas e oriundas, com certeza, de muito estudo e observação, uma vez que abrangeram praticamente todas as agruras existentes no ordenamento jurídico com relação às medidas provisórias. Salvo a hipótese de surpresas na conduta do Congresso Nacional e nas interpretações do Poder Judiciário, não deverão ser enfrentados mais problemas sérios com a edição de medidas provisórias.

Importante registrar que o próprio Poder Executivo vem se sensibilizando com absurda situação e, através do Decreto n. 2.954, de 29 de janeiro de 1999³⁸, estabeleceu regras para a redação dos atos normativos de competência do Poder Executivo, inclusive de medidas provisórias, determinando aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal a observância da existência do estado de necessidade legis-

³⁸DOU de 1.2.99, p. 7.

lativa e a conveniência da edição de medida provisória, verificando-se, antes, se não se trata de hipótese de projeto de lei, projeto de lei com solicitação de urgência, etc.

Caso todas as perspectivas se confirmem, sendo a Proposta de Emenda Constitucional aprovada, passando o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal a ter a firmeza de exigir a observância dos limites impostos, é possível que em breve espaço de tempo o número de edições de medidas provisórias seja praticamente zero, sendo o instituto utilizado apenas em reais casos de urgência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competência na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, 2ª ed..
- CLARK, Giovani. *Medidas Provisórias*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 113, jan/mar. 1992, pp. 153-170.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Revista de Direito Público, v. 97, pp. 37-42.
- CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- DANTAS, Ivo. *Aspectos Jurídicos das Medidas Provisórias*, Brasília: Brasília Jurídica, 1997, 3ª ed., revista e aumentada, inclusive, com jurisprudência e Projeto de Emenda Constitucional – 23.04.97 – De autoria do Senador José Fogaça.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Processo Legislativo*, São Paulo: Saraiva, 1995, 3ª ed., atualizada.
- GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- LEVANTAMENTO E REEDIÇÕES DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. Dados atualizados em 28 de Fevereiro de 1999. Senado Federal. Diretoria-Geral. Secretaria de Informação e Documentação. Subsecretaria de Informações.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Controle Jurisdicional dos Pressupostos de Validade das Medidas Provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 758, pp. 11-15.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Considerações sobre as Medidas Provisórias*. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, jun/1990, 203-225.
- SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*, São Paulo: LTr, 1994.
- SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *A Medida Provisória na Constituição*, São Paulo: Atlas, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 1997, 11ª ed., revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional.
- SKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas Provisórias*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1992, 9ª ed.